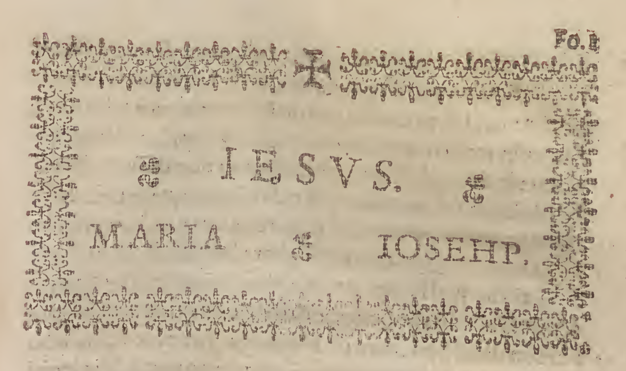
Sobre si vna substitucion es pupilar o fideicomisaria [illegible] 227
y sobre la succession de vn patronato.



34

POR

EL DOTOR IVAN SEVERO de Montoya, vezino, y Abogado de la Ciudad de Siguença.

CON.

DOÑA MARIA DE ESPINOSA, viuda de Hernando de Montoya, y Bernardino de Montoya, Regidor perpetuo, Alcalde mayor, y patron, que dize ser de la memoria, que fundo el Licenciado Iuã de Montoya, vezinos de la villa de Arãda de Duero.

PRetẽde el dicho Dotor, que el auto del Corregidor de la dicha villa, en que mandò dar la possessiõ de los bienes, que fueron de doña Melchora de Montoya su sobrina á la dicha doña Maria de Espinosa, y á Bernardino de Montoya, mediante la substitucion, que hizo

Hernando de Montoya á doña Iuliana, y doña Melchora sus hijas, por yguales partes; y declarò auer seles acrecido la parte del Licenciado Iuan de Montoya; otro substituto; Por auer muerto en vida de las dichas pupilas: Se ha de reuocar: declarandole por legitimo sucessor de la dicha doña Melchora su sobrina, que es la vltima, que murio de las dichas pupilas, y mandar se le restituyan, á lo menos los bienes que la dicha doña Melchora heredò de su madre.

Para lo qual se supone, que Hernando de Montoya, padre de las dichas pupilas, fue casado de primero matrimonio con doña Melchora de Montoya, her mana del dicho Dotor: y del dicho matrimonio huuieron por su hija legitima á la dicha doña Melchora. Y segunda vez fue casado cõ doña Maria de Espinosa, de quien huuo por su hija á la dicha doña Iuliana.

El dicho Hernando de Montoya, en el testamento con que murio, instituyò por sus herederas á las dichas sus hijas en el remanente de sus bienes, y les substituyò en la forma contenida en la clausula de su testamento, que es como se sigue.

CLAVSVLA

Y Cumplido, y pagado este mi testamento, è las mandas, è legatos en el contenidas: en todo lo restante, y remanente de todos mis bienes muebles, e rayzes, derechos, y acciones, dexo, nõbro, è instituyo por mis vniuersales herederos en todos ellos à las dichas doña Melchora de Montoya mi hija, y de la dicha doña Melchora de Montoya mi primera muger, y à la dicha doña Iuliana de Montoya mi hija, y de la dicha D. Maria de Espinosa mi segunda muger, para q̃ los ayan, y heredẽ de juro de heredad, para siẽpre jamas por yguales partes, è por la presente en aq̃lla forma, q̃ de derecho lugar aya, y puedo, testo por ambas las dichas mis hijas, en esta manera: Que qual quiera que dellas muriere sin llegar â edad de testar, herede la vna à la otra, y le otra à la otra, y si ambas murieren antes de la dicha edad pupilar, que el derecho dispone,

ne, mando, quiero, y es mi voluntad, que todos los dichos bienes de ambas à dos, los ayan, y hereden, la tercia parte dellos la dicha doña Maria de Espinosa mi segunda muger, y la otra tercia parte el dicho Licenciado Iuan de Mõtoya, clerigo, mi hermano, y la otra tercia parte para que se funde de lo que montare vna Capellania, ò memoria perpetua por mi anima, y de mis padres, y abuelos, à disposicion del dicho Licenciado Montoya mi hermano, para que si el la quisiere juntar con otra, que tiene determinado de fundar; lo haga, y le nombro desde luego por patrõ, y Capellan della, è despues del; à quien el quisiere, è nombrare, que todo lo dexo à su disposicion, y voluntad, &c.

Muerto el dicho Hernando de Montoya; viuiendo las dichas sus hijas, murio el Licenciado Iuan de Montoya, y por su testamento mandò, que su hazienda se juntasse con la de su hermano, y se pagassen sus deudas, y las dotes de sus mugeres, é instituyò por sus herederas á las dichas menores: á Iuliana en dos partes; á Melchora en la tercera parte. Con que si muriessen antes de tomar estado, ò de testar, no se junten sus bienes con los de su hermano, sino para efecto de pagar deudas, y dotes. Con que en esso se gaste primero la hazienda de su hermano, y se haga vn cuerpo, y montõ, y se funde vna Capellania; con las Missas, que alcãçare la renta, cõforme las Synodales. Y nombra por patron al dicho Bernardino de Montoya, y á sus hijos, y descendientes: Pero no dize le nombra para la Capellania, que su hermano quiso hazer de la tercera parte de los bienes de sus hijas, si murieren dentro de la edad pupilar.

Auiendo muerto Hernando, padre de las pupilas, y el Licenciado Iuan de Montoya; murio la dicha doña Iuliana hija del segundo matrimonio, y despues de todos; doña Melchora, hija del primero matrimonio, de edad de quatro años: por cuya muerte; doña Maria de Espinosa, y el dicho Bernardino de Montoya pidieron ante la justicia de la dicha villa de Aranda; la possession de los bienes de la dicha doña Melchora: Doña Maria como substituta en la tercera parte, y el dicho Bernardino en la otra tercera, por la Capellania, como patron de la que fundò el Licenciado

Iuan

do Iuan de Montoya, y por auer muerto en vida de las dichas pupilas; pidieron la otra tercera parte diziendo se les auia acrecido. El Dotor se opuso; pretendiendo auer de suceder á la dicha su sobrina, como pariente mas cercano (q̃ serlo es llano por el pleyto, y las partes lo reconocen) porq̃ la substitucion, que hizo el dicho Hernando de Montoya, no fue pupilar, sino fideicommissaria, y no pudo comprehender mas de los bienes del dicho testador, y no los que su hija heredò de su madre: Y ansi no se les pudo acrescer la parte del Licenciado Montoya, que murio en vida de las pupilas. La justicia ordinaria dio auto, en que mandò darles la possessión de los dichos bienes por mitad, y declarò auerseles acrescido la tercera parte, que por muerte del dicho Licenciado Montoya quedò caduca. Deste auto apelò la parte del Dotor, y en la Audiencia alegó agrauios, y pidio se declarasse por atentado.

Quibus sic in facto præmissis, todo el fundamento de la dicha doña Maria, y Bernardino de Montoya, es dezir, que la substitucion, que hizo Hernando de Montoya, testador, á las dichas sus hijas, fue pupilar ex illis verbis. *Y si ambas murieren antes de la dicha edad pupilar, que el derecho dispone, mando, quiero, y es mi voluntad que todos los dichos bienes, &c.* Y que á ellos les tocan los bienes de la dicha doña Melchora, á cada vno la tercera parte por la dicha substitucion, y la mitad de la otra tercera parte, por auerseles acrecido mediante auer muerto el Licenciado Montoya en vida de las pupilas, no solamente los bienes, que fueron de Hernando, sino los que la dicha menor huuo, y heredò de su madre, y le pueden pertenecer por qualquiera camino, aunque no los huuiesse heredado al tiempo que se hizo la dicha substitucion, sino despues de muerto su padre. Nã in substitutione puppillari veniunt omnia bona puppilli, vt in l. sed si plures. §. ad substitutos ff. de vulgari, l. 7. titulo. 5. par. 6. Y este es el fundamento, que pudo mouer al juez, que dio el dicho auto, en el qual les mandò dar la possession de los dichos bienes. Para exclusion de lo qual se fundaran tres articulos.

El primero: Que esta substitucion no es directa pupi-

lar,

lar,sino fidei commissaria,y que en virtud della; solo pueden lleuar la dicha doña Maria, y Bernardino de Montoya; los bienes,que fueron del padre,y les dexò á las dichas pupilas: Pero no los bienes, que la dicha doña Melchora auia heredado de su madre,los quales pertenecen al dicho Dotor,como pariente suyo mas cercano.

El segundo: Que en este caso no puede auer lugar el derecho de acrescer: Y la parte del Licenciado Montoya se quedò en la dicha doña Melchora, por auerse caducado,y pertenece á su heredero ab intestato.

El tercero:Que en caso que la dicha substitucion fuesse pupilar,y huuiesse lugar el derecho de acrescer:la Capellania,y patronazgo della,pertenece al dicho Dotor,por no auer nombrado patron el dicho Licenciado Montoya, y auer muerto antes de poderle nombrar:por ser el pariente mas cercano de doña Melchora, de cuyos bienes se ha de hazer la dicha Capellania.

PRIMUS ARTICULUS.

EN este primer articulo parece llano, que la substitucion,que hizo Hernando de Montoya á estas sus hijas; no fue pupilar, sino fideicommissaria,y no ha de comprehender los bienes,que doña Melchora auia heredado de su madre.Quod probatur ex sequentibus.

Lo primero: Porq̃ en esta institucion,y substitucion el padre dispuso de sus bienes tan solamente, dum dixit. *Y cumplido,y pagado este mi testamento,è mandas en el contenidas:en todo lo restante,y remanente de mis bienes muebles,y rayzes,derechos,y acciones,dexo,nombro,è instituyo por mis herederos,&c.* Y mas abaxo,ibi. *Y si ambas murieren antes de la edad pupilar, q̃ el derecho dispone, mando,quiero,y es mi voluntad,q̃ todos los dichos bienes de ambas à dos,los ayan,y hereden,&c.* De manera,que la institucion,y substitucion fue de los bienes del testador,y no dispuso en la substitucion mas de lo que auia dispuesto en la institucion,vt ostendunt verba illa, *que todos los dichos bienes* rellatibum illud, todos los dichos bienes,positum

-24-

tum absqué copula, stat limitatiué, & restrictiué ad bona contenta in institutione; cum ea sit natura rellatibi, quando siné copula ponitur, vt in. l. ea tamen adiectio. ff. de leg. 3. Craueta. consil. 293. num. 5. lib. 2. Rolandus á Valle. consi. 82. num. 18. lib. 2. At in institutione, no estan comprehendidos mas bienes, q̃ los del testador: Luego la substitucion, que se hizo con relacion á los bienes de la institucion, no ha de comprehender otros bienes, cum rellatum sit in referente cum omnibus suis qualitatibus. l. asse toto. ff. de hȩredib. instituen. Bart. in. l. 1. § si circa finem. ff. familiæ hærciscundȩ. Aret. cõs. 154. nu. 11. vers. his prȩmissis. Maximé cũ substitutio ex institutione declaretur. l. Lutius. § pater puelam. ff. ad Treb. Ruinus. consil. 168. n. 4. lib. 2. & ex eisdẽ bonis tantum censetur facta substitutio, quæ in institutione comprehenduntur, vt in. l. 1. C. de impuberum. Socinus Iunior. consi. 130. num. 14. lib. 1. Cephalus consi. 259. num. 39. lib. 2. Y es asi, que la substitucion hecha en los bienes de la institucion por palabras comunes, como se hizo la de este pleyto, vt inferius demonstrabitur, no es substitucion pupilar, sino fideicommissaria, y no comprehende mas bienes, que los del testador, vt in terminis tenet Alexand. consilio. 45. num. 9. versicu. fortificatur. lib. 1. & consil. 162. nu. 7. versic. quinimò. lib. 2. Detius. consil. 371. nume. 3. in finé. Quod non solum procedit, quando la substitucion se haze por palabras comunes en los bienes del testador, sed etiam quando se haze en los bienes dexados al pupilo, vt eleganter tenet Paulus Castrensis. consi. 49. in principio. libr. 2. vel quando substituitur in hæreditate testatoris, vt claré tenet Detius. consilio. 642. Socin. consilio. 102. nume. 18. & alij plures, refert eleganter omninò videndus Vincentius Ondedei. consi. 73. á num. 13. cum sequentibus. volu. 1. Symon de Prȩtis. de interpretatione vltimarum volunt. lib. 3. interpretatione. 2. dubitatio. 1. solutione. 6. nume. 70. versicu. & quando. Luego esta substitucion, que se hizo de los bienes del testador, vt constat ex substitutione. ibi. *Que todos los dichos bienes*, que se auian dexado á las dichas pupilas, vt ostendunt verba sequentia *de ambas á dos*, no pudo comprehender los bienes, que doña Melchora tenia de

su

su madre, de q̃ el padre no dispuso. Y quando estuuiera dudosa la substitucion, se ha de interpretar contra el substituto, Azeuedo. consilio. 15. num. 16.

Præterea, que el padre no dispuso en esta substitucion de los bienes de doña Melchora, sino de sus bienes propios, resulta conjetura euidente de la misma disposicion: pues llegando á querer hazer vna Capellania de la tercera parte de los bienes, que el dexó á sus hijas, dize, que se haga por su anima, y las de sus padres, y abuelos, y no dize por el anima de doña Melchora su muger, cuyos eran la mayor parte de los bienes, que tenia doña Melchora su hija, y si tuuiera intento de disponer de los dichos bienes, y que la Capellania se hiziera dellos, acordarase de su muger, para dezir, que fuera por el anima della. Y el llamar la disposicion suya quando haze la sustitucion, como aqui se dize, pues substituyendo á sus hijas la Capellania la llama suya, es euidente conjectura, que quiso disponer, y dispuso de sus bienes, y no de los de su hija, vt considerat in terminis Aretinus. consi. 154. versi. his præmissis. num. 11. Corneus. consil. 322. colum. 4. num. 7. versic. nec videtur. pertotum, lib. 3. quia substitutio potius dicitur filij dispositio, quám patris; & per consequens, la Capellania auia de ser de la hija, y por el anima de sus padres, pues por ella se sucedia á la pupila, vt in. l. sed si plures. §. ad substitutos, de vulgar. Alex. in. l. 1. num. 7. eodem titulo.

Lo segundo: Que esta substitucion se hizo in re certa; pues dize el testador, que muriendo sus hijas antes de llegar á edad de poder testar: todos los dichos sus bienes, quiere, y es su voluntad, que los ayan, y hereden, la tercera parte doña Maria de Espinosa su muger; la otra tercera parte el Licenciado Iuan de Montoya su hermano, la otra tercia parte, para que se funde vna Capellania: De manera, que substituyó á cada vna in parte bonorum: Substitutus autẽ in parte, vel in quota bonorum, dicitur substitutus in re certa, probat Bart. in. l. si quis seruum. §. fin. num. 4. ff. delegat. 2. Alexand. in. l. mulier. §. fin. ff. ad Trebel. Detius. consil. 587. Iasson. consilio. 64. lib. 1. Ripa. in. l. Centurio. numero. 155. ff. de vulgaris. Peregrinus, de fidei commissis. articulo. 34.

numero.18. Y la substitucion, que se haze in re cei ta, vel in quota bonorum, por palabras comunes no es substitucion pupilar, sino fidei commissaria, etiam si fiat por palabras ciuiles, no directas, vt tenet Bart. in.d.l.Centurio. num. 18.&.33. porque aunque es verdad, que el instituydo in re certa non dato cohærede vniuersali, detracta rei mentione, remanet hæres vniuersalis, vt in.l.1.§. si ex fundo.l.quoties.§.si duo.l.ex facto, ff. de hæredibus instituendis.l.14.titu. 3. part. 6. & pariter substitutus puppillaris in re certa, de tracta rei mentione, succedit in omnibus bonis puppilli, vt in.l.cohæredi.§.fin.ff.de vulg. Pero esto procede quando la institucion, ò substitucion se haze verbis directis ciuilibus, qualia sunt hæres esto, vt docet in terminis Bart.in.dicta.l.Centurio.num.18,& est communis opinio, vt refert Iasson.ibi.num.34. cum sequentibus.Ripa.nume. 95.Costa.in.cap.si pater.3.par.glossa.1. num.3. Gregorius Lopez.in.l.7.titu.5.part.6.glossa.2.in principio. Peregrin. de fidei commissis.articu.34.num. 49. &. 50. vbi enumerat verba directa ciuilia. Secus autem, vbi institutio, vel substitutio fieret verbis communibus, vel obliquis: tunc enim esset fidei commissaria, nec traheretur ad vniuersam hæreditatem, vt probatur in.l.cogi. §. & generaliter. ff. ad Trebellianum.melior tex.in.l.Lutius.§.filiam ff.de legat 2 tradit Bart.in.d.l.Centurio.num.33 &.34.Alexand. consi. 45.num.9.lib. 1. & est communis opinio, vt dicit Iasson.in d.l.Centurio.num.35.Ripa.num.153.Costa. in.d.cap.si pater.Vincentius Ondedei.d.consi.73 á num.24. cum sequētibus.Peregrinus de fidei commissis.articu.5. nume.37.& artic.34.num.19.& num.54.

Quæ conclusio procedit, etiam si fiat in figura puppillaris substitutionis, vt probat Bart.in. d.l. Centurio.nume. 35. quem sequuntur communiter Doctores teste Ripa, ibi. num.153. Costa.vbi proximé.num.20. Bald.consil. 140.in principio & 170.Aretinus in.d.l.Centurio.numero.19.& alios plures refert Peregrinus.d.articu.34.num.55. vbi dicit hanc Bartol. opinionem secundum iuris regulas esse veritatem. Y en este caso la substitucion se hizo por palabras comunes.ibi. *Si ambas à dos murieren antes de la*

edad

edad pupilar, que el derecho dispone, mando, quiero, y es mi voluntad, que todos los dichos bienes, los ayan, y hereden, la tercera parte doña Maria de Espinosa. &c. Illud enim verbum, los ayan, id est, pertineant, vel habeant, est commune, vt in.l.fidei commissaria.§.si filio.ibi. *Volo eum habere, vel volo ad eum pertinere.* ff.de legat.3.Bart.in. d.l.Centurio.num.50.&. etiam verbum, hereden, es comun, á lo menes no es directo ciuil, pues se puede referir á las hijas, ò al testador, vt in.l.restituta.§.fi.iuncta lege sequé ti.ff. ad Trebellianum. cap. Rainutius. de testamentis. ibi *idem in puberi succedant.* Baldus. consilio.469.volum.2. Vnde pues las palabras no son directas, sino comunes, no puede ser esta substitucion pupilar, pues no se hizo por las palabras que la ley dispone, y por la forma della, & substitutio puppillaris non potest fieri, nisi verbis directis ciuilibus: Maximé quando sit in re certa.l.constat.l. vel singulis. l.patet.ff.de vulgari. Menochius plures allegans, consilio. 97.num.48.

Lo tercero: Que la substituciō se hizo per assignationé quotæ bonorũ, cũ testator distribuit omnia bona inter substitutos, videlicet, la tercera parte á doña Maria, y la otra tercera parte á su hermano Iuan de Montoya, y la otra tercera parte; para fundar vna Capellania. Sed assignatio quotę bonorum, si non est alius vniuersalis substitutus per verbum commune, vim particularis rellicti habet, & non trahitur ad puppillarem directam.l.cum autem.ff.de legat.2. Porque aunque es verdad, que assignatio quotę hæreditatis per verbum commune trahitur ad vniuersum, quando nullus alius est hæres vniuersalis, vt in.l.his verbis.ff.de hæredibus instituendis. Pero aqui huuo herederos vniuersales, que fueron las pupilas, y ansi la substitucion hecha in quota bonorum, no tiene fuerça de pupilar, sino de fideicommissaria, ex Bart.in.d.l.Centurio.nu.36.quém sequuntur communiter Doctores. ibi.Galliaula.nume.439.Clau. num.42.Ripa.num.153.Socinus Iunior.consilio.290.Pau. Parisius.consilio.59.num.1.volum.2.Peregrinus.articulo. 5.num.40.& articulo.34.num.53. Atqué ideò, los bienes, que no estan comprehendidos en la substitucion, se quedan

á las

á las herederas, y á sus herederos ab inteſtato, vt conſiderat Peregrinus. loco proximè citato. Y por el conſiguiente los bienes de la madre de D. Melchora pertenecen, y ſon del Doctor Montoya, como heredero ſuyo ab inteſtato.

Quibus non obſtat doctrina Bart. in. l. ſi ita ſcriptum. §. qui filio. ff. de bonorum poſſeſsione ſecundum tabulas, vbi refert quæſtionem de facto, cum pater filio in puberi ſubſtituiſſet per hæc verba. *Et voluit, quod ſi deceſſerit in puppillari ætate, bona ipſius teſtatoris deueniant in talem; & dicit omnes Doctores reſpondiſſe ſubſtitutionem fuiſſe puppillarem.* Porque aquellas palabras *mis bienes*, no obran nada, y ſe quitan, y la ſubſtitucion queda hecha en todos los bienes del pupilo, vt in. d. § qui filio. Bart. ſequuntur, alij Doctores. quos refert Menochius. præſumptio. 34. num. 16. lib. 4. Porque ſe reſponde.

Lo primero: Que el caſo deſte pleyto es diferente del que refiere Bart. Porque aunque el teſtador entrò diziendo, que muriendo ſus hijas en la edad pupilar; todos los dichos ſus bienes los ayan, y hereden: Pero luego limitò la ſubſtitucion, y la diuidio en quotas, y partes: la tercera parte á doña Maria, la otra tercia parte al Licenciado Iuan de Montoya, y la otra tercia parte para hazer vna Capellania. De manera, que fue ſubſtitucion hecha in certa re, vel in quota bonorum, que es lo miſmo, ex Bart. in. l. ſi quis ſeruum. §. fin. ff. ad Trebellianum. At verò en el caſo, que puſo Bart. la ſubſtitucion, fue abſoluta, y general en todos los bienes, vt conſiderat Peregrinus. dicto. articulo. 34. numero. 55.

Lo ſegundo: Que en el caſo, que Bart. puſo la ſubſtitucion, no fue pupilar directa, aunque ſe hizo en figura de pupilar: porque no ſe hizo por palabras directas, ſino por palabras comunes, ſcilicet. *Perueniant ad talem.* Y anſi contra Bart. en el caſo ab eo propoſito tuuo Bald in. l precibus. C. de impuberum, & alijs ſubſt. numero. 44. que la dicha ſubſtitucion fue fidei commiſſaria, y no pupilar, qué ſequitur Alexand. in l. 1. num. 7. &. 9. ff. de vulgar. & firmiter tenet Ioannes Crotus. in repetitione. cap. Rainutius. in materia puppillaris, colum. 1. verſiculo. vltimo. in hac materia. De-

tius

tius.in.l.penult.nũm.2.C, de impuberum.& plures refert Symon de Prætis.de interpretatione.vltimar. volunta.lib. 3.in terpretatione.2. dubio. 1.solutione.6.num.70.

Nec obstat.d.l.si ita scriptum.§.qui filio.Porque se hizo la substitucion por palabras directas ciuiles,ibi. *Si filius meus moriatur priusquam in suam tutellam veniat, tunc Titius michi hæres esto.* Y ansi toda la fuerça está enlas palabras de la substitucion, para que valga como pupilar, ò como fidei commissaria: porque si son directas, como lo fueron.in d.§.qui filio.illa dictio *michi*, vel illa verba *bona mea*,no quitan la substitucion pupilar: Pero si fuessen comunes,tunc auerterent puppillarem substitutionem , & inducerent fidei commissariam,vt eleganter expendit Costa in.d.cap.si pater.2.par.verbo.hæredes.num.3.

Nec etiam obstat tex.in.d.cap.si pater.vbi inter puppillos reciproca iure puppillaris valet,quamuis facta per verbum,moriatur,non directum ciuile,etiam quo ad puppillam,quæ fuit instituta in re certa.Quia respondetur.

Que aunque la hija fue instituida in re certa: Pero la substitucion se hizo simpliciter , y no se restringio á la cosa cierta de la institucion. Atque ita facta fuit in bonis vniuersis,vel in hæreditate simpliciter , quæ etiam in hæreditate puppillæ potuit verificari,ita illum tex.declarat Alexand. in.d.l.1.num.9.de vulgari.Aretinus.consi.154.numer.14. Vincẽtius Ondedei.d.consi.73.num.33.Peregrinus.dicto articu.34.nume. 57. quod secus esset si substitutio restricta esset ad rem certam in institutione compræhensam,in qua filia erat instituta,ò porque el testador expressamente substituyò in re certa,ò porque dixo,que substituya en los dichos bienes.refiriendose per rellationem.Nam tunc es llano,que la substitucion no seria pupilar,sino fidei commissaria,ex Bart.in.dic.l.Centurio. numero.35.Guido Papa; quæst.522.

De inde nó obstat dicere, Quod vbi testator totũ As per portiones distribuit.substitutio vniuersalis est, licet nõ apponat,heres esto,quia asignatio portionũ licet nõ opponatur,hæres esto,vim institutiones habet.l.1.§. D. Pius. ff. de hæred.instit.Bar.in.d.l.Centurio.n.36.Porq̃ se responde: q̃

esto

esto procede, y es verdad, quando el testador distribuyó toda su herencia, y la del pupilo per quotas hæreditarias, como si dixera, si mi hijo muriere dentro de la edad pupilar, aya su madre tres onzas de su herencia, y mi hermano otras tres, y ansi fuera distribuyendo toda la demas haziēda. Nam hoc casu certum est, que la substitucion seria directa pupilar. At verò en nuestro caso no substituyò per quotas hereditarias, ni en todos los bienes del pupilò, sino en los que el le auia dexado. Y ansi fue, y es substitucion fidei commissaria, & in re certa facta, tradit Bart. in. d. l. Centurio. num. 36.

Nec etiam oberit, si la parte contraria dixēre, que aquī el testador tuuo intento, y voluntad de hazer substitucion pudilar. Tunc porque la hizo en figura de pupilar: de que resulta presumpcion, que la quiso hazer, ex glossa. in. l. precibus. C. impuberum. traddit Angelus. consi. 148. Socinus Iunior. consi. 95. volumine. 1. per totum. Tunc etiam porque dize, que quiere testar por ellas. ibi. *E por la presente en aquella via, è forma, que de derecho ha lugar, y puedo, testo par ambas las dichas mis hijas.* Y ansi quiso hazer substicion pupilar, per quam ipsis puppillis succeditur. d. § ad substitutos, non verò fidei commissaria: pues por ella no se sucede á las pupilas, sino al testador: y entonces no se podra dezir testamento de las hijas, l. cohæredi. §. cum filiæ. ff. de vulgari. Porque se responde.

Que no basta, que el padre aya tenido voluntad de testar por sus hijas, y hazerles pupilar substitucion, sino que es necessario, que la haga por el modo, y palabras, que las leyes disponen, argumento. tex. in. cap. cum super. de offitio de legati. & quod notatur in glossa. in. l. multum. C. si quis alteri, vel sibi, traddit Peregrinus. d. articulo. 34. num. 55. At cum hic substitutio fuit facta per verba communia in quota bonorum. quo casu substitutio puppillaris fieri nō potest, vt traddit Peregrinus vbi supra num. 53. Llano es, que no puede valer tanquám puppillaris, sino que necessariamente ha de ser fidei commissaria. Y aunque dize testa por ellas, no por esso es necessario aya substitucion pupilar. Porque conforme á la. l. 1 titu. 4. lib. 5. nouæ recopilationis

tionis.sin institucion,ò substitucion vale el testamento.

Lo vltimo no obsta si se replicare, que la substitucion siendo fidei commissaria,será inutil, à lo menos en la legitima,in qua filius grabari nō potuit,vt in.l. quoniam in prioribus.C.de inoffitioso testamento. y que se ha de entender de manera, que valga, vt in.l.quoties.C.de rebus duuijs: Quia respon detur.

Que la substitucion fidei cammissaria restringida al tiē po de la pupilar edad,no graua al pupilo, sino á los vinientes ab intestato del pupilo,à quien el padre pudo grauar,vt in.l.si Titio.§.fin.iuncta lege sequenti.ff.de leg.1.vbi glossa. verbo. filij.dicit quod pater isto casu videtur codicillos facere pro filio.Y ansi vale en la legitima del hijo. Bart. in.l. qui duos.de vulgar.quem sequitur Alexand. consilio. 12. colum.fin lib.3,Ripa.in.d.l.Centurio.num.108.

Y siendo esta substitucion fidei comissaria, en ella solo estan comprehendidos los bienes, que eran propios de el testador, el qual solamente substituyò en sus bienes,ibi. *En todos los dichos bienes*, y no los de doña Melchora su hija,que auia heredado de su madre, á los quales no se puede estender,ex.l.cohæredi.§.cum filiæ. ibi. *Nec fidei commisso,propriæ facultatis filij tenebuntur*.ff.de vulgar.Rodrigo Suarez.in.d.l. quoniam. in prioribus. limitatione. 1. num. 14. los quales pertenecen al dicho Dotor Montoya por ser tio de la dicha pupila, hermano de su madre, ac proindé el pariente mas cercano. El qual no pudo ser excluydo,sino es por la substitucion pupilar,ex.l.si testamento,vbi Bart.& Salicetus.C.de impuberum. eleganter Suarez,vbi supra.d.num.14. Y caso negado, que fuera substitucion pupilar,solo lo ha de ser en los bienes paternos de la pupila,y no en los maternos, en los quales vocanter venientes ab intestato,como el dicho Dotor Montoya. á leg. & sic videntur ex testamento vocati, pues el padre no testò,sino de quota parte,& sic non decedit pro parte testatus &c.l.1.titulo.4.lib.5.recopilationis.glossa.10.Matiençi.numero.59.&. 60. Zauallos.practicarum quæst.707. nume. fin.& penult.

EN este segundo articulo dezimos, que la substitucion hecha en el Licenciado Iuan de Montoya, por auer muerto en vida de las pupilas, y antes que llegasse el caso de poder suceder, se hizo caduca, ex. l. vnic. §. sim autem aliquid subconditione. C. de caducis tollend. §. pro secundo eiusdem legis. Y esta pertenece, y se quedó en doña Melchora, que fue la heredera vniuersal de su padre, y en sus herederos ab intestato, cum pars, quæ eficitur caduca, remaneat penes hæredem, nisi habeat coniunctum fidei commissarium. d. §. pro secundo, ibi. *Simili quidem modo manere apud eos, à quibus derelicta sunt, hæredes fortè, vel legatarios, vel alios, qui fidei commisso grabari possunt, nisi & in hunc casum, vel substitutus, vel coniunctus, eos antecedat*. d. §. sim autem aliquid. Y en esta tercera parte de bienes, en que fue substituydo el dicho Iuan de Montoya, no huuo conjũcto, ni substituto, y asi se quedò en la heredera, y en su heredero ab intestato. Porque aunque aliás en la institucion, ò substitucion directa vniuersal; el derecho de acrescer siempre ha lugár, porque el testador non potest decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus, vt in. l. ius nostrum. de regulis iuris, id circò, aunque substituti sint disiuncti, habet locum ius acrescendi. l. hæredes. ff. de hæredib. instituendis. l. si expluribus. ff. de suis, & legitimis. Bart. & communiter Doctores in. l. re coniuncti. versiculo, quero quarto. colum. 9. ff. de legatis. 3. Peregrinus. articulo. 9. num. 1. de fidei commissis.

Secús tamen est en las fidei commissarias substitutiones, en las quales, como se supone adicion del heredero, que acepta para restuyr al fidei comissario, en lo q̃ fue grauado, ò voluntariamente, ò compulso, vt in. l. ille á quo. §. si de testamento. l. quia protereat. ff. ad Trebellianum. cessa la razon de morir pro parte testatus & intestatus. Y assi no ha lugar el derecho de acrescer, sino es que accidentalmente lo introduzga alguna razon, ò calidad, como es la conjuncion en la disposicion, ò en la misma cosa grauada, vt in l. re coniuncti. ff. de legatis. 3. considerat Peregrinus. loco pro-

proximé citato;inter omninò enim disiunctos non datur ius acrescendi,vt in.l.Lutius.§. quæ habebat.ff.ad Trebellianum. secundum intellectum.Bart.in.l re coniuncti.versiculo.3.quæro.columna.6.de legat.3.l.1.in principio ff.de vsufrutu. acrescendo.l. & Proculo. ff. de legat. 2.disiuncti autem dicuntur, qui ad diuersas res vocantur, siué in vna, siué in diuersa oratione, vt in.l. huiusmodi.§ quibus.ff.de legat.1.vbi Bart.Imola.Paulus.& Iasson,veluti si dicat testator Titium in dimidia substituo, Seium in alia dimidia substituo,hi enim dicuntur disiuncti. & inter eos cessat ius acrescédi,etiam si non repetatur verbum, substituo. Porque el testador dixo, y substituyo en la tercera parte á Iuã, y en la otra tercerr parte á Francisco.y en la otra á tal Iglesia.Siquidem á cada vno se le dexa su tercera parte, vti tenet Ioannes Crotus omninò videndus.consilio.275.nu.55. Y en este caso los substitutos son omninò disiunctos, pues á cada vno se les señala la tercera parte.ibi. *Que todos los dichos bienes de ambas à dos,los ayan,y hereden,la tercera parte dellos; la dicha doña Maria de Espinosa mi segũda muger,y la otra tercia parte el dicho Licenciado Iuan de Montoya,Clerigo mi hermano, è la otra tercia parte para que se funde de lo que mõtare vna Capellania,Eccè* Como á cada vno destos substitutos les dio su parte conocida,sin que el vno con el otro tenga conjuncion en aquella parte,y aunque in eadem oratione se las dexò: Pero auerlos llamado á partes diuersas, y distintas, no puede entre ellos auer lugar el derecho de acrescer, sic consuluit Paulus Castrensis.consilio.406.super primo.volum.2. Roman. consilio.185.5.dubio.Bart.in.l.re coniuncti.colum.9.versi. secundo quæro.& est communis teste Iassone.ibi.numero. 88.&.89.

Præterea,para que el derecho de acrescer aya lugar,es necessario,que la parte, que se acresce esté vacante omninò,al tiempo,que se acresce,vt in.l.si duo patroni.ff.de iure iurandæ.vbi glossa.& Doctores.l.huiusmodi.§.si Titio.vbi Bart.& omnes.de legat.1.l.plané.§. si coniunctim.vbi Alexand.& Iasson post alios. eodem titulo. Menchaca. de succesionum progressu.lib.3.§.23.numero.103.Y es asi,que

la porcion de Iuan de Montoya nunca estuuo vacante, ni oy lo está, porque al tiempo, que murio; eran viuas las pupilas, herederas de Hernádo de Mõtoya, y en ellas estaua: Y despues de la muerte de entrambas, y de la dicha doña Melchora, que fue la postrera; en su heredero ab intestato, que es el q̃ está grauado á restituyr estas tercias partes de los bienes del testador, vt in.l.si Titio.§.fin.iuncta lege sequenti.ff.de leg. 1. Las quales dichas partes no passaron, ni pertenecen á estos substitutos fidei commissarios á die mortis testatoris, nec puppilli, sino que es necessario, que el heredero ab intestato aceptando la herencia; las restituya.d.l.illé á quo.§.si de testamento.vbi per Doctores.ff. ad Trebellianum. Ergo si esta parte caduca nunca vacò, porque siempre estuuo en doña Melchora, y oy lo está en el Dotor Montoya su tio, no pueden pretender auerseles acrescido. Pro quo facit elegans.tex.in.l.Lutius.§.quę habebat.ff.ad Trebellianum.vbi mater, quæ habebat filium, & nepotem in potestate mariti, instituit hæredem ipsum maritum, & rogauit, vt cum ipse moreretur, restitueret hæreditatem filio, & nepoti. Ita tamen, vt filius decem vntias habeat, nepos autem duas vntias habeat: & viuente marito, nepos mortus fuit ante diem fidei commisi cedentem post ea, superstite filio, maritus mortus fuit. Dubitatus fuit si tota hæreditas filio esset restituenda, cum pars nepotis, qui decessit ante fidei commissum, caduca remanserit, & respondet tex.ibi. *Ex voluntate defunta, ita demum locũ haberent, si die fidei commissi cedente filius, & nepos rerũ in natura essent, cum autem non super iuxit ad diem fidei commissi, nepos, sequens scriptura cesset, respondit ea, quæ proponerentur ostendere decem duntaxat vntias filiodatas*. Y haze fuerza el texto, porque el ñito murio antes de llegar el dia del fidei comisso, y al hijo se le dieron diez onzas señaladadas: Ergo eodem modo en el caso de este pleyto; la parte de Iuan de Montoya, por auer muerto antes del dia de la substitucion, y porque á cada vno se le dexò, y dio la tercera parte separatim, no seles puede acrescer, sino que se quedò en el heredero de la dicha doña Melchora.

Deinde

Deindé en las substituciones fidei commissarias plerumqué cessat ius acrescendi, & pars defitiens non acrescit coniuncto, sed remanet apud hæredem: porque como cessa la razon, que en las disposiciones directas introduxo el derecho de acrescer, videlicet, ne pro parte testatus decederet, & pro parte in testatus, aunque el fidei comissario repudie su parte, y no la quiera aceptar, esta no se acresce al coniuncto, porque en ella habet testator hæredem, vt in l. 1. §. fin. ff ad Trebellianum. §. si quis ex vna. institutis. de fidei commissaris, hæred. tenet Paulus Castrensis d. l. Lutius. § quæ habebat. practicus Papien. in sua practica, in forma libelli, quo agitur ex substitutione. Menchaca, vbi proximé. num. 103. Castillo. quotidianar. controuersi. lib. 3. cap. 17. num. 62. Luego pues en este caso no puede Hernando de Montoya morir pro parte testatus & pro parte intestatus, porque fue su heredera doña Melchora, ni tampoco la dicha doña Melchora muere pro parte con testamento, y pro parte sin el: pues esta substitucion no fue testamento suyo, sino de su padre, vt in. 1. articulo remanet probatum, Dicendum est, que la tercera parte del Licenciado Iuan de Montoya no se acresce á los demas substitutos, sino que la ha de lleuar el heredero de la dicha pupila.

TERTIVS ARTICVLVS.

QVanto al tercer articulo, quando sin perjuyzio de la verdad, la substitucion, en que se funda la dicha doña Maria, y Bernardino de Montoya, valiesse como pupilar directa, es cosa sin duda, que la mitad de los bienes de la dicha doña Melchora; le pertenecen al Doctor Montoya, como pariente suyo mas cercano: por la Capellania, que mandò fundar de la tercia parte de sus bienes el testador.

Para lo qual supponendum est, que el dicho Licenciado Iuan de Montoya por todo su testamento, con que murio, no dize vsa de la facultad, que Hernando de Montoya su hermano le dio para poder fundar la dicha Capellania de la tercera parte de los bienes de sus hijas, ni nombra pa

tron, nì Capellan para ella: porque lo que por el dicho su testamento hizo, fue mandar se pagassen con sus bienes las deudas de su hermano, y dotes de sus mugeres. Con que primero se gastasse en esto la hazienda de su hermano, y toda junta se hiziesse vn cuerpo, y echasse en renta. Y muriendo sus sobrinas antes de tomar estado, ò de poder testar, quiere se haga vna Capellania con las missas, que cupiere, conforme la Synodal del Obispado de Osma. Y no dize, q̃ se junte con la que mandò hazer de la tercera parte de los bienes de sus hijas; el dicho Hernando de Montoya, y nombrò por Patron al dicho Bernardino de Montoya, y sus descendientes, que es el titulo con que pretende se le aya de dar esta tercera parte, y mitad de la tercera, que auia de auer el dicho Licenciado Iuan de Montoya.

Esto presupuesto dicendum est, que la tercera parte de la Capellania; con la mitad de la tercera parte caduca; pertenece al Dotor Mõtoya, ex substitutione puppillari. Quod probatur ex sequenibus.

Porque aunque es verdad, q̃ respecto de auer muerto Iuan de Montoya en vida de las pupilas, y antes, que llegasse el caso de la substitucion, no fundò la dicha Capellania de los bienes de las pupilas: y assi consta, y parece por su testamento, pues solamente la haze de sus bienes: mandando, que primero se paguen dellos las dotes, que deuia su hermano, y los aparta de los del dicho su hermano, en caso, que las dichas pupilas mueran antes de poder testar, sino es para el dicho efecto de pagar deudas, y las dichas dotes. Y este caso es el que sucedio. pues entrambas murieron en la edad pupilar. Quo casu, el dicho Iuan de Montoya dispone de sus bienes, y no de los del dicho su hermano. Nichilominus, la dicha Capellania quedò fundada ex voluntate testatoris. Porque quando huuo manda en su testamento, que de sus bienes se haga vna Iglesia, ò Capellania, y lo comete á otro, si este tal muere sin hazerla, ò no la quiere hazer, es visto quedar fundada por la valuntad del fundador, ex eleganti doctina Baldi. in. l. 1. ff. de testamentis. quem sequitur Mantica. de coniecturis. vltimar. lib. 4. titu. 3. num. 4. Porque non eficitur caduca substitutio, ex eo, quod executor

tor decedat viuente puppillo, ex eleganti doctrina Angeli. in.l.Centurio.de vulg.colu.3.in.quæstione Bart.vbi si quis filium hæredem instituerit,& si sine liberis decesserit, voluit bona sua dari, vel distribui, & executores deputari, qui capere,& distribuere debeant, decesserint hæreditate nõ adita: quod talis substitutio non est caduca, imo in locum eorum succedit Episcopus, quem sequitur Boerius. decisi.38.num.23. De manera, que es llano, que por la dicha substitucion quedò fundada la dicha Capellania, y memoria de la tercera parte de todos los bienes, que fueron de la dicha doña Melchora, á la qual se le acrescio la mitad de la otra tercera parte caduca, ex.d.l. vnic. §.pro secundo. &.§.sin autem aliquid subconditione.C.de caducis tollendis. Y en quanto á esto entendemos, debaxo de la enmienda de.V.md.ser llanissimo.

La duda viene á estar; quien se ha de admitir á esta Capellania, y Patronazgo. Y es llano, que el Dotor Montoya: porque supuesto, que Iuan de Montoya, que tuuo facultad de poder nombrar patron, y Capellan, que sucediesse despues del, y no le nombrò, ni pudo nombrar por auer muerto en vida de las pulpilas, vt inferiús dicetur, es llano, que ha de suceder el dicho Dotor: por dos razones. La primera, porque data facultate nominandi inter cognatos, vel consanguineos, sino se nombran; todos quedan nombrados, y se admiten, ex.l.cum quidam.l.vnum ex familiam. §.rogo. vbi Petrus de Peralta.num. 14.l. cum pater.§.hæreditatẽ. &.§.rogo.de legat.2.vbi Bart.& Doctores communiter, si la cosa á que se ha de hazer eleccion es tal, que se puede diuidir, cæterum si es de tal naturaleza, que no puede suceder mas de vno; se admite el pariente mas propinquo, y mayor del testador, vt tradit eleganter Molina. plures referens. de Hispan.primogen.lib.2.cap.4.num.42. Gregor. Lopez.in.l.2.titu.15.part.2.verbo.en España. Y es assi, que en esta Capellania, en q̃ el testador quiso perpetuidad, y llamò al dicho Iuan de Montoya, y le dio facultad de que nõbrasse Capellan despues del, se ha de suceder por vno solo, pues se sucede ad instar maioratus, & aniuersari perpetui, ex Antonio Gomez.in.l.40.Tauri.num.65, in fin. Molina.

d.lib.

d.lib.2.cap.1.num.26.&.27.Ioañ.Gutierrez.lib.2.practi. quæst.86.nu.2.Lara. de Anniuerſarijs.lib.1.cap.5.per totum. Y ſe funda de los bienes de doña Melchora,y ſe deue llamar ſuya, por ſer la dicha Capellania ſu ſubſtituto pupilar,& per conſequens,ſu heredero, cum puppillaris ſubſtitutio teſtamentum filij dicatur.l.patris.& filij.ff. de vulga. & per eam ipſi puppillo ſuccedatur,non patri. l. cohæredi. §.cum filiæ.&.§.fin.eodem titulo.vbi Bart.& cæteri Doctores.l.ſed ſi plures.§.ad ſubſtitutos.eodem titulo. Y anſi han de ſudecer ſus parientes,y el mayor,y mas propinquo,como lo es el dicho Dotor Montoya, que es hermano de ſu madre.

La ſegunda razon,porque eſta memoria, y Capellania ſe funda de los bienes de la dicha doña Melchora, ſin que aya bienes ningunos del padre,ni de doña Iuliana ſu hija, porque el padre no dexò bienes de conſideracion deſpues de pagada la dote de la primera muger,madre de la dicha doña Melchora,y la de la ſegunda muger.De manera,que la dicha doña Iuliana no tuuo bienes,que heredar,y por ſu muerte; no los heredò la dicha doña Melchora. Y eſto lo mueſtra el dicho Licenciado Iuan de Montoya por ſu teſtamento, pues dize, que de ſus bienes ſe paguen las deudas de ſu hermano,y las dotes de ſus mugeres,no auiendo arto con los ſuyos: y aſsi es llano, q̃ la Capellania ſe funde de los bienes de la dicha doña Melchora.Sed ſic eſt,q̃ quando ſe funda vna Capellania de bienes de algun particular, y no haze llamamiento de Capellan,y Patron,ex iuris diſpoſitione lo ſon ſus parientes,y ſe han de admitir à la dicha Capellania,y Patronazgo. Nam ex fundatione adquiritur. ius patronatus,vt in.cap.filijs.16.quæſt.7.Innoten.in Rubr de iure patronatus,verſiculo.acquiritur autem.& ibidem. Ioannes Andreas,& Cardinalis.2.quæſt.Archidia.in. cap. id circò.in principio. eodem titulo. in.6. & ad Capellaniã, quæ fundatur ex bonis alicuius,admittendi ſunt eius conſanguinei, iuxta gloſſam elegantem. in. cap. neminem. 70.diſtintione,quæ dicit potiùs eſſe illos Clericos inſtituendos,de quorum bonis eſt fundata Eccleſia,ex. c. cũ à Deo. de reſcriptis, quam gloſſam ſequitur Archidiaconus, & præ-

positus.in.d.cap.cum adeo. y se prefieren á todos los demas,adeò,vt Episcopus teneatur preferre consanguineum fundatoris idoneum alio extraneo,qui sit idoneor,ita Rochus de Curte de iure patronatus. verbo. honorificum. quęst.18.num.47.versicu.prima opinio est verior.Lambertinus de iure patronatus.3.parte.lib.3. quæst.5.articulo.4. num.4.& aeticu.6.nu.1.Lara de Anniuers.lib.2.cap.3.nu. 31.in fine.Si igitur admittendi sunt consanguinei illius,de cuius bonis fundatur Capellania,y esta se haze de los bienes de doña Melchora,y por el testamento del padre no esta nombrado patron,ni Cepellan,porq̃ el q̃ nombrò,murio en vida de las pupilas,y en virtud de la facultad,que le dio para que despues del pudiesse nombrar Capellan,y Patrõ, no lo hizo ansi, porque no vsò de la dicha facultad, como porque quãdo nombrara,no pudiera valer;por auer muerto antes,que llegasse el caso de la fundacion de la dichaCapellania, cuyo derecho de patronazgo, y de poder nombrar; quedò caduco para que se sucediesse en la dicha Capellania ex dispositione iuris, que admite á los parientes del fundador. Siguese por consequencia llana,que á esta Capellania y memoria ha de admitirse el dicho Dotor Mõtoya, como pariente mas cercano de la dicha doña Melchora, á quien se le defirio la sucesion, ex iuris dispositione.

Conforme lo qual Bernardino de Montoya no puede tener derecho á esta Capellania.Tunc,porque no es pariente de la dicha doña Melchora,á lo menos tan cercano como el dicho Dotor:Tunc etiã, porq̃ no tiene llamamiẽto del testador,pues á el nò llamò,sino al dicho Licenciado su hermano.Deindé, porq̃ tãpoco le tiene del dicho Licẽciado en virtud dela facultad,que le dio Hernando de Montoya,para que pudiesse nombrar patron,que suceda despues de sus dias, pues no vsò della; ni el hizo, ni fundò la dicha Capellania,como parece de su testamento,en que dize,que no quiere,que sus bienes se junten con los de su hermano, en caso que sus sobrinas mueran antes de llegar à edad de poder testar,sino es para efecto de pagar las deudas, y dotes,que deuia su hermano,y el haze Capellania de sus bie-

nes: Pero nō de los del dicho ſu hermano, ni de las dichas ſus ſobrinas, de que no diſpuſo, ni pudiera, por eſtar ellas viuas quando el murio, cum eſſet diſponere de viuentis hæreditate, cuius diſpoſitio non valeret. l. fin. C. de pactis. l. qui ſuperſtitis. ff. acquir. hæred. l. pactum. C. de collationib. vbi Bart. & Doctores. in dictis locis.

Præterea, quando el Licenciado Montoya en ſu teſtamento nombrara por patron, y Capellan al dicho Bernardino, para la Capellania de la ſubſtitucion; no valiera el dicho nombramiento, ni en virtud del puede ſuceder, porque murio en vida de las pupilas, & ſic antequam ſubſtitutio ſortiretur effectum, quo caſu remanet caduca eius ſubſtitutio, & diſpoſitio. d. §. ſin autem aliquid ſub conditione, quemadmodum, el dicho Licenciado no pudiera diſponer de la tercere parte de ſu ſubſtitucion en fauor del dicho Bernardino, ni de otro, porque non tranſmittitur ius ſubſtitutionis moriente ſubſtituto ante euentum conditionis, vt in. l. ſi pluribus. ff. de ſuis, & legit. l. ſi plures. in princi. & ibi. Bart. & DD. l. qui habebat. ff. de vulg. Alex. conſi. 36. verſi. confirmatur prædicta. volum. 3. Signore. de Homod. conſi. 73. Tampoco puede nombrar perſona, ni patron á la dicha Capellania, porque el derecho de nombrar quedò caduco con ſu muerte, y no ay razon de diferencia para que la ſubſtitucion hecha en ſu perſona quedé caduca, y el derecho de nombrar no lo quedaſe, y pudieſſe nombrar para en caſo, que la ſubſtitucion vinieſſe á tener efecto, in vtroqué enim eadem eſt ratio, porque quemadmodum ſubſtitutio facta eſt ſub dupplici conditione, videlicet, ſi las pupilas mueren en la edad pupilar, y el ſobreuiue á las pupilas, el derecho de patronazgo, que le dio el teſtador, y la facultad de nombrar, fue debaxo de las miſmas condiciones, ſi llegaua el caſo de la ſubſtitucion muriendo las pupilas dentro de la edad pupilar, y ſi el las ſobreuiuia, quo caſu, quiſo, que fueſſe patron, y no antes, nec aliter, pues no auia de que poderlo ſer, & quamuis vna conditio in pleta fuerit, porq̄ murieron las dichas pupilas en la edad pupilar, & per cōſequens la ſubſtitucion huuo efecto: faltò la otra condicion, pues el no las ſobreuiuio, antes murio en vida dellas,

llas,& per consequens el derecho de patronazgo quedò caduco,y la facultad de nombrar,y assi no tuuo derecho,que poder dar al dicho Bernardino, y el nombramiento fue ninguno, por auerle hecho en tiempo, que podian faltar entrambas condiciones,argunmento.l. Estacius Florus.§. Cornelio Fellici.de iure fisci.l.cum pater.§. hæreditatem filius. de leg.2.eleganter considerat Boer.decsi. 354. numero.13.

Quod maximé procedit secundum voluntatem testatoris, por que tunc temporis,quiso,que su hermano pudiesse nombrar siendo el patron,y Capellan, para que despues del lo fuiesse: Ergo presupponit;que el nombramiento le auia de hazer siendo patron, pues el nombrado le auia de suceder á el en el patronazgo. Vndé cum dicta nominatio facta sit para la Capellania, que no estaua in rerum natura, y era contingente, que nunca lo estuuiesse,llegando la dicha doña Melchora á edad de poder testar,parece sin duda,que no puede valer, pues lo que no es in rerum natura pro nihilo reputatur, vt in.l.quidā referunt.14 post principium.de iure codicillorum.glossa.verbo.ad futuras.in c. fin.de rescriptis.cap.addisoluendum.iuncta glossa. verbo. accusari.de desponsat.impube.y no pudo llamarse Patron delo q̄ no era,aunque despues sucediesse,quia res non recipit denominationem ab eo, quod erit in futurum, sed ab eo,quod de presenti.Bal.in.l.sinondum.num.2.C.de furtis Iasson.in.l.1.§.qui mandatam. num. 1.ff.de offitio eius,cui mandata est iurisditio.vbi inferunt, quòd si testator mandat in ædibus suis fieri Ecclesiam,non dum est Ecclesia. Y ansi parece, que pues el Licenciado Montoya nombrò á Bernardino por Patron para la memoria,ò Capellania,que su hermano auia mandado,que se hiziesse,y quando le nōbrò;no estaua hecha,nequé sperabatur fieri,no muriendo la dicha doñaMelchora,que no pudo ser Patron de lo que no era, vt in Clementina fina.de rescriptis, ni tiene derecho para suceder en la dicha Capellania,q̄ se ha de fundar mediante la substitucion pupilar. Quo casu,q̄ lo sea,y no fidei commissaria, como en el primer articulo está resuelto serlo,y siédolo; pertenecé al dicho Dotor todos los bienes de

ſu ſobrina, ſin que ſe haga caſo del derecho de acreſcer por ſer fideicommiſſarios diſtintos. Y quando á, V.md. le parezca auer ſido pupilar, por lo menos le pertenecen la mitad de todos los dichos bienes por auer de ſuceder en la dicha Capellania, y Patronazgo, como pariente mas propinquo de la dicha doña Melchora. Et ita ſperamus fieri. Salua in omnibus digniſsima correctione de. V.md.